



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ERIC AVELAR GONÇALVES

**EFEITO TRANSLATIVO E O PREQUESTIONAMENTO NOS
RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

Brasília
2012

ERIC AVELAR GONÇALVES

**EFEITO TRANSLATIVO E O PREQUESTIONAMENTO NOS
RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

Monografia apresentada como pré-requisito
de conclusão do curso de Bacharel em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB

Orientador: Professor Paulo Gustavo

Brasília

2012

ERIC AVELAR GONÇALVES

**EFEITO TRANSLATIVO E O PREQUESTIONAMENTO NOS
RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

Monografia apresentada como pré-requisito
de conclusão do curso de Bacharel em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UnICEUB

Brasília, ____ de maio de 2012

Banca Examinadora

Professor Paulo Gustavo

Orientador

Professor

Examinador

Professor

Examinador

à Deus por dar-me vida e capacidade para gozá-la;

à minha família que é o alicerce de meus estudos;

aos meus amigos pela compreensão e apoio;

a todos os meus professores pelos valiosos ensinamentos.

RESUMO

Este trabalho tem o fito de analisar a aplicação do efeito translativo nos recursos de caráter extraordinário, quando a matéria de ordem pública não houver sido prequestionada. Serão apresentadas as tendências doutrinárias e jurisprudenciais que auxiliam a compreender o tema e entender a dificuldade de se confrontar dois institutos de complexa aplicação no direito brasileiro. Para compreensão de tal problemática, o trabalho é iniciado com os conceitos e tratamentos doutrinários acerca do prequestionamento que, como requisito de admissibilidade dos recursos de natureza excepcional, possui diversas peculiaridades e formas de aplicação que faz com que este requisito seja objeto de análise e debates desde a sua origem, em 1891, até os dias de hoje. O segundo capítulo, por sua vez, trata da conceituação acerca do que vem a ser o efeito translativo. Para tanto, conceitua matéria de ordem pública que, com base na supremacia do interesse público, deve ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo e, em princípio, em qualquer grau de jurisdição, pois, conforme será visto no terceiro capítulo, existem tendências doutrinárias e jurisprudenciais que mitigam a aplicação do efeito translativo em face da necessidade do prequestionamento. Este é o ponto chave do trabalho, o terceiro capítulo, onde serão expostas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão divididas em três correntes: I - qualquer que seja a matéria, esta precisa ser prequestionada, não existindo efeito translativo nos recursos excepcionais; II – Quando se tratar de matéria de ordem pública, o recurso excepcional haverá de ser conhecido, mesmo que a matéria não tenha sido prequestionada – haverá, portanto, efeito translativo nos recursos excepcionais; III – Deverá ser examinada a matéria de ordem pública, ainda que não prequestionada, quando por outro motivo puder ser conhecido o recurso extraordinário – esta posição reconhece a existência do efeito translativo nos recursos extraordinários, mas condiciona ao conhecimento do recurso por outra matéria que cumpra todos os requisitos de admissibilidade.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Processual Civil, Recursos Extraordinários, Pquestionamento, Matéria de Ordem Pública, Efeito Translativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PREQUESTIONAMENTO.....	8
1.1 Evolução histórica e a fundamentação do prequestionamento	8
1.2 Identificação das concepções doutrinárias e jurisprudenciais acerca do prequestionamento	12
1.2.1 Prequestionamento explícito e numérico	14
1.2.2 Prequestionamento implícito e ficto	16
1.2.3 Momento e local do prequestionamento	19
1.2.4 Aplicação atual do prequestionamento nos recursos extraordinários	22
2 MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E O EFEITO TRANSLATIVO	25
2.1 Conceitos de matéria de ordem pública	25
2.2 Conceito e aplicação do efeito translativo	28
2.2.1 Efeito devolutivo	29
2.2.2 Efeito Translativo	35
3 EFEITO TRANSLATIVO E O PREQUESTIONAMENTO	39
3.1 Da existência do efeito translativo nos recursos de natureza excepcional	40
3.2 Da Inexistência do efeito translativo nos recursos de natureza excepcional	43
3.3 Da posição dos tribunais superiores quanto à existência do efeito translativo nos recursos de natureza excepcional – Concepções jurisprudenciais.....	46
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

Nos tribunais superiores, é comum o não conhecimento de recursos excepcionais devido a falta de questionamento prévio da matéria apresentada. O entendimento quanto a necessidade de prequestionamento é pacífico, existindo, para alguns doutrinadores e magistrados, apenas uma exceção: quando o recurso envolver matéria de ordem pública.

A possibilidade de mitigação do requisito do prequestionamento ante a existência de matéria de ordem pública a ser analisada tem uma imensa importância para o direito processual brasileiro. O confronto dos princípios que norteiam estes dois institutos envolvem questões que representam a própria origem dos recursos excepcionais e o interesse público. Foi devido a esta importância e a existência de divergências jurisprudenciais e doutrinárias existentes que este tema foi escolhido para o trabalho em apreço.

Para iniciar o assunto, importante que se tenha em mente os conceitos básicos acerca do sistema recursal brasileiro, em especial, no que tange ao prequestionamento como sendo um requisito de admissibilidade específico dos recursos de natureza extraordinária.

A constitucionalidade e legalidade do requisito “prequestionamento” é muito discutida entre os doutrinadores, não havendo consenso entre eles. Outrossim, a origem e evolução histórica apresentadas no primeiro capítulo ajudam a responder inúmeras questões referentes ao tema. Nesta problemática, a análise de qual seria a forma correta de se aplicar, de se exigir o questionamento prévio é o principal ponto de discussão. Não há na doutrina um entendimento pacífico quanto a sua aplicação, nem mesmo os tribunais chegaram a um consenso. Por isso mesmo, este primeiro capítulo não busca esgotar o tema “prequestionamento”, mas avaliar se há fundamento constitucional para tal exigência, averiguar se a forma como este requisito é cobrado pelos tribunais alcança seus objetivos sem ferir a constituição federal.

No segundo capítulo, por sua vez, serão apresentados os conceitos e as questões que envolvem o efeito translativo. Este efeito diz respeito ao envio automático das matérias de ordem pública ao juízo *ad quem* quando da análise de um recurso. Para a exata compreensão quanto a este instituto, neste ponto do trabalho são tratados os principais assuntos no que tange às matérias de ordem pública.

Ultrapassadas as conceituações básicas quanto ao prequestionamento e o efeito translativo, o terceiro capítulo trará um estudo que abordará o ponto chave deste trabalho: quando a matéria de ordem pública existente em um recurso de natureza excepcional não houver sido prequestionada poderá ser conhecida? Para responder a esta questão, o terceiro capítulo trará as divergências de entendimentos existentes dividindo-as em três principais correntes: a) admite o conhecimento de matéria de ordem pública em qualquer grau de jurisdição, independente de prequestionamento. b) admite desde que o recurso tenha sido admitido por outra razão; c) nenhuma matéria poderá ser objeto de recurso extraordinário senão houver sido debatida no juízo *a quo*.

O sistema jurídico brasileiro possui diversos meios de impugnação dos quais fazem parte os recursos extraordinários, compreendendo o recurso especial e extraordinário *strictu sensu*. Este trabalho se referirá em sua maior parte aos recursos excepcionais e, como sinônimo, ao gênero recursos extraordinários. Será, portanto, diferenciado o gênero das espécies nos referindo às estas como “recurso extraordinário destinado ao Supremo Tribunal Federal (STF)” e “recurso especial”.

1 PREQUESTIONAMENTO

1.1. Evolução histórica e a fundamentação do prequestionamento

Os recursos extraordinários têm como fim garantir a uniformidade na interpretação jurídica em relação às leis federais e a constituição. Não seriam tais recursos, portanto, uma forma de se ver corrigidas injustiças das decisões recorridas, mas somente manter a unidade na interpretação da constituição e da lei federal, em nome do interesse público^{1,2}.

Os objetivos dos recursos extraordinários têm origem nos tribunais de cassação franceses que tinham a competência de verificar se as teses trazidas nos recursos extraordinários que interpretavam um texto legal se coadunavam com a interpretação no âmbito do Tribunal. Não havia qualquer juízo de valor sobre o caso concreto. Neste modelo, contudo, após a correção quanto à aplicação da lei, o processo era remetido ao tribunal *a quo* para que proferisse nova decisão. Em contrapartida, têm-se as Cortes de Revisão no modelo anglo-saxão que, ao conhecer impugnações fundadas em divergências jurisprudenciais, reexaminavam a base da controvérsia. Com isso, existia um verdadeiro juízo de valor sobre a causa. Neste modelo, a decisão final ficava a cargo desse segundo grau de jurisdição³. Ambos os modelos (anglo-saxão e cortes de revisão) influenciaram a criação das cortes supremas americanas e, por consequência, a criação das cortes brasileiras⁴.

Instituída em 1889, por um golpe militar, a república, influenciada pela constituição americana e argentina, implantou o federalismo como forma de governo no

¹ Há neste ponto uma grande dicotomia, afinal, não é pelo bem do interesse público que as partes movem o judiciário para que analisem, por meio dos recursos extraordinários, as matérias constitucionais ou federais, mas tão somente alcançar interesse próprio. (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 39-42).

² MEDINA, José Miguel Garcia. *O Pquestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 98-105.

³ Os países que utilizam o modelo de cassação tendem a possuir cortes supremas, competentes, apenas, para garantir o interesse público com a uniformização da jurisprudência e a correta aplicação de uma norma, sem entrar no mérito do caso concreto. (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco, op. cit., p.96-99).

⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá, 2009. p.96-99.

Brasil. Apesar de, num primeiro momento, tender a adotar o típico modelo norte-americano em que os estados membros possuem uma maior autonomia legislativa, o Brasil – inspirado, neste ponto, pela forma de governo argentina – acaba por garantir uma maior centralização legislativa nas mãos de um ente a União⁵.

Logo após a proclamação da república e instituição do federalismo, foi criado, pelo decreto 848/1890, o Supremo Tribunal Federal⁶. Este decreto já previa um “recurso” (ainda não nominado) a então criada Corte Constitucional com fim de assegurar a uniformização do direito federal. Tal recurso, que já continha expressa menção a obrigatoriedade do prequestionamento, foi inspirado no *writ of error* introduzido no Direito norte-americano através do *Judiciary Act* de 1789⁷.

O requisito do prequestionamento brasileiro sofreu, portanto, uma grande influência do direito norte americano. Nos Estados Unidos, contudo, o recurso à Suprema Corte tinha o objetivo de ratificar ou caçar uma decisão da mais alta corte estadual buscando a uniformidade na interpretação jurídica das normas estatais quando aplicadas pelos estados membros, assim como era nos tribunais de cassação. Neste contexto, o prequestionamento existia em respeito à forma federativa do Estado Americano que, devido a sua formação por agregação, dava uma maior autonomia legislativa aos entes federados. Já o Brasil, que teve seu federalismo por segregação, possui uma maior centralização do poder nas mãos de um ente – a união, e, portanto não necessitaria, em tese, aguardar que os estados membros julgassem as matérias de sua competência para, somente após, manifestar-se sobre o *decision*⁸.

⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá, 2009. p.96-99.

⁶ O Supremo Tribunal Federal foi instituído em 1890, porém sua instalação somente se deu em 26.02.1891. (MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 115-117 e 216)

⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 115-117 e 216.

⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.103 e 104.

Observa-se que os recursos extraordinários no Brasil não possuem a mesma força uniformizadora dos recursos Norte Americanos.⁹ Nesta acepção, o prequestionamento surge devido ao próprio caráter excepcional destes recursos e, principalmente, devido a uma lógica processual, pois não há o que se falar em formação de dissídio envolvendo leis federais ou constitucionais ou até mesmo violação a tais normas sem que estas já tenham sido objeto de debate. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em voto da lavra do Min. Eduardo Ribeiro: “A razão de ser de não se prescindir de que a matéria haja sido prequestionada reside em que não é possível violar a lei, ou configurar-se o dissídio em relação a tema não examinado”¹⁰.

Como dito, a Constituição Federal de 1891, em seu art.59, inc.III, trazia menção expressa quanto à necessidade do prequestionamento, *in verbis*:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. (grifo nosso).

Esta previsão legal foi repetida nas constituições de 1934, 1937 e 1946. Já a Constituição Federal de 1967 não fez qualquer menção à necessidade do questionamento prévio, como se verifica no artigo equivalente:

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;

⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.103 e 104.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 248.089-PR. Voto da lavra da Min. Eduardo Ribeiro: Terceira Turma. DJe 28/05/2001. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

É devido a esta diferença textual entre as constituições que alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade da exigência quanto ao questionamento prévio. Segundo Mancuso, doutrinadores como José Afonso da Silva, Pontes de Miranda e outros defendem a inconstitucionalidade desta exigência alegando não haver fundamentação legal para a mesma¹¹. Sobre o assunto, Teixeira¹² destaca que, com fundamento no princípio da legalidade¹³, foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade contra a Súmula 282 do STF¹⁴ não tendo logrado êxito.

De fato desde 1967 as constituições federais não mencionam expressamente o prequestionamento como requisito para interposição dos recursos Extraordinários. Costa Leite (1989 apud Teixeira 1991, p. 118), coadunando em parte com tal posicionamento, afirma que não há previsão expressa para o prequestionamento, contudo, afirma também que “a exigência do prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da constituição¹⁵”.

Esse argumento já é suficiente para fundamentar a exigência do prequestionamento, não obstante, não se coaduna com a realidade a afirmação de que não há na atual Constituição da República fundamentação legal para a aplicação do prequestionamento, pois a Carta Magna faz menção a este requisito de forma implícita. O fato é que a Constituição Federal de 1967 já exigia este requisito ao dizer em seu art.114 inc. III que “Compete ao Supremo Tribunal Federal (...) julgar, mediante recurso extraordinário, as *causas decididas*, em única ou última instância” (grifo nosso). A

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 228 e 229.

¹² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 105.

¹³ Princípio da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁴ BRASÍL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. 13/12/1963. Disponibilizada em: www.stf.jus.br.

¹⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador), Op. Cit, p. 118.

Constituição de 1988 manteve a norma ao dispor em seu art.102, inc. III e art.105, inc. III que serão objeto de recurso extraordinário e de recurso especial “*causas decididas*”¹⁶.

Observa-se, portanto, que não apenas há fundamentação suficiente para aplicação do requisito prequestionamento, como, na verdade, trata-se de uma exigência constitucional.

1.2. Identificação das concepções doutrinárias e jurisprudenciais acerca do prequestionamento

Analisando morfológicamente a palavra “prequestionamento”, chegar-se-ia à conclusão de que prequestionar é questionar em momento anterior. Observe, portanto, que não é possível se prequestionar algo no tempo presente. Entretanto essa terminologia é assim utilizada desde a origem das discussões sobre este requisito, não cabendo alterá-la neste momento¹⁷.

Para analisar a constitucionalidade do requisito prequestionamento nos recursos extraordinários, necessário verificar – além de sua fundamentação, como visto, – exatamente o que é o prequestionamento e como se aplica.

No Brasil, são três as principais correntes que buscam definir o prequestionamento: a primeira corrente afirma ser o prequestionamento uma ação das partes, a segunda ação do julgador e a terceira uma junção das anteriores¹⁸.

A primeira corrente se coaduna com o significado morfológico da questão, ou seja, prequestionar é questionar em momento anterior. Não importa, nessa

¹⁶ SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6. “A expressão ‘Causas’ excluiria da análise por meio de recurso especial e extraordinário as decisões interlocutórias. Por esse motivo os tribunais vem interpretando “causas” no sentido de ‘questões’”.

¹⁷ Ibidem, p. 4.

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 201 e 202. SILVA, Bruno Mattos e, op cit, p. 3-5.

acepção, que o tribunal tenha ou não se pronunciado sobre a questão, mas somente que a parte interessada em recorrer a tenha suscitado¹⁹.

Já de acordo com a segunda corrente, somente será considerada matéria prequestionada se o tribunal *a quo*, em face de análise da apelação, se pronunciou, tendo as partes suscitado a questão ou não. Ou seja, mesmo que as partes não tenham feito qualquer alegação sobre determinada matéria, se o tribunal se pronunciou sobre tal, essa poderá ser objeto de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça ou recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, a depender de violação a leis federais ou a constituição.

Já a terceira corrente considera matéria prequestionada apenas aquela que, além de ter sido suscitada pelas partes, tenha sido objeto de decisão no arresto recorrido.

Expondo de forma simples tais correntes José Miguel Garcia Medina:

Daí haver, na jurisprudência, diversas concepções acerca do que se deve entender como prequestionamento. Grosso modo, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído a parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a respeito²⁰

Doutrinadores como Luís Eduardo Simardi Fenandes e José Miguel Garcia Medina acompanham a segunda corrente afirmando não ser necessário o

¹⁹ SILVA, Bruno Mattos e. *Pquestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3-5.

²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 201 e 202.

debate da questão pelas partes, mas apenas que estas tenham sido decididas no arresto recorrido²¹.

1.2.1. Prequestionamento explícito e numérico

Para que seja possível traçar as diferenças entre estes dois tipos de prequestionamento será utilizada como base conceitual a segunda corrente do prequestionamento, considerando este uma ação do julgador e não das partes, como visto no tópico anterior.

Prequestionamento explícito ocorre quando a matéria objeto de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário encontra-se ventilada no *decisum* recorrido. Não basta que a matéria envolva a questão debatida no tribunal *a quo*, faz-se necessário que este tenha pronunciado real juízo de valor quanto à questão federal ou constitucional recorrida²².

Já no que se refere ao prequestionamento numérico, não basta uma manifestação inequívoca sobre a matéria por parte do julgador. Esta modalidade é ainda mais dura e criteriosa que a anterior. Prequestionamento numérico é aquele que exige a indicação do dispositivo alvejado na decisão do juízo *a quo*²³.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de exigir o prequestionamento não apenas explícito, como também numérico, conforme se verifica nos julgados RE 41.416-6/SC e RE 30.978-6/MG:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido

²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207. FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunal, Coleção RPC, 2008. p. 229.

²² SOUZA, Bernardo Pimentel, *Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 563.

²³ Idem.

juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Incidência das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido. (AgRg no RE 414166 / SC. Relator Min. Eros Grau: Primeira Turma DJ 04-02-2005).²⁴

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA A PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. **Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão recorrida haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação**. 2. Se o acórdão recorrido não faz qualquer referência à norma constitucional tida como violada e não foram opostos embargos de declaração para sanar a omissão, não se conhece do recurso extraordinário em face do teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo regimental não provido. (AgRg no RE 309786 / MG. Relator Min. Maurício Corrêa: Segunda Turma. DJ 26-04-2002 PP-00087) **(grifo nosso)**.²⁵

No Superior Tribunal de Justiça, há uma diferença no que tange a forma como exige o questionamento prévio e a nomenclatura destas espécies em relação ao Supremo Tribunal Federal. O STJ refere-se ao prequestionamento numérico como sendo explícito, portanto tem-se que quando os julgados deste tribunal dizem não exigir o prequestionamento expresso, em verdade, estão dizendo não ser necessária a indicação dos artigos tidos por violados.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 20, § 4º, DO CPC. PRECEDENTES. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que não é necessário o prequestionamento explícito dos dispositivos legais apontados como malferidos nas razões recursais, sendo suficiente a apreciação do tema objeto do recurso especial pelo Tribunal de origem. 2. O Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que os honorários advocatícios são passíveis de modificação na instância especial quando se mostrarem irrisórios ou exorbitantes, como é a hipótese dos autos, afastando-se o óbice inscrito na Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1169663 / RS. Relator(a) Min. Maria Thereza De Assis Moura: Sexta Turma. DJe 02/04/2012). (grifo nosso).²⁶

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgR em RE 414166/SC. Relator Min. Eros Grau: Primeira Turma. DJ 04-02-2005 PP-00024.

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgR em RE 414166/SC. Relator Min. Eros Grau: Primeira Turma. DJ 04-02-2005 PP-00024.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1169663 / RS. Relator(a) Min. Maria Thereza De Assis Moura: Sexta Turma. DJe 02/04/2012.

Ao contrário do entendimento do Supremo, para o STJ, se a decisão albergada decide a matéria, mesmo sem mencionar os artigos violados, ter-se-á cumprido o requisito do questionamento prévio.

1.2.2. Prequestionamento implícito e ficto

A conceituação da espécie implícita de prequestionamento é de extrema complexidade e não há na doutrina um entendimento pacífico sobre o tema. Para melhor compreensão, importante destacar as principais correntes e as principais posições doutrinárias quanto ao que vem a ser o prequestionamento implícito.

Medina afirma serem duas as principais posições doutrinárias sobre o tema: a) há prequestionamento implícito quando a questão foi debatida em primeiro grau, mas não foi mencionada no segundo grau; b) há o prequestionamento implícito quando, apesar de exarada a tese jurídica, não houve menção, na decisão recorrida, à norma jurídica violada²⁷.

Bernardo Pimentel Souza acompanha a primeira corrente, afirmando ocorrer o prequestionamento implícito quando a matéria foi debatida nas instâncias anteriores àquela que prolatou a decisão albergada, conforme se pode verificar em seu conceito sobre a espécie em questão “O prequestionamento é implícito quando a questão constitucional não é solucionada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais”.²⁸

Ana Lucia Graziano pactua do entendimento de que não há na doutrina uma definição pacífica sobre a correta conceituação do prequestionamento implícito, mas traz outra corrente. A autora destaca que, para parte da doutrina, o prequestionamento implícito seria aquele em que, apesar de a matéria ter sido ventilada

²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial e outras questões relativas a admissibilidade e ao seu processamento*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.201 e 202.

²⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 563.

na decisão recorrida, não houve menção ao artigo violado – conceito este que, como visto, é tratado por alguns como prequestionamento numérico -, *in verbis*:

A definição de prequestionamento implícito, por sua vez, não é unânime. Para alguns é aquele “associado à dispensa da indicação do dispositivo tido por violado no arresto recorrido, não significando, contudo, prescindir de decisão a respeito da questão federal”. Para outros o prequestionamento implícito é a suscitação do ponto controvertido de forma clara, que não compromete a referência a determinação do preceito legal. Daí, por ser difícil precisão, o prequestionamento segundo estes entendimentos demonstra alta conveniência na interposição dos embargos de declaração.²⁹

O Superior Tribunal de Justiça admite o prequestionamento implícito, contudo, em verdade para este tribunal, o prequestionamento implícito é aquele que não menciona o artigo violado, conforme se depreende da ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – OMISSÃO – INOCORRÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais.
2. Surgindo violação à norma federal durante o julgamento pelo Tribunal ou não tendo este se manifestado sobre as questões suscitadas, é imprescindível o prequestionamento da matéria, através de embargos de declaração, que não serão considerados protelatórios, conforme Súmula 98/STJ.
3. Recusando-se o Tribunal a emitir juízo de valor sobre os dispositivos apontados nos embargos de declaração, a orientação desta Corte é no sentido de que o recurso especial deve indicar como violado o art. 535 do CPC, sob pena de aplicação da Súmula 211/STJ.
4. Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que ocorreu na hipótese dos autos.
5. Recurso especial improvido. (REsp 642847 / RJ. Rel. Min. Eliana Calmon: Segunda Turma. DJ 19/12/2005.)

Observa-se que quando o Superior Tribunal de Justiça afirma não exigir o prequestionamento expresso e aceitar o prequestionamento implícito, está afirmando não ser necessário que a decisão recorrida tenha mencionado o artigo de lei federal que fora violado, mas apenas que a tese outrora em debate tenha observado tal dispositivo federal.

²⁹ GARZIANO, Analucia. Revista de Processo – RePro 154, ano 32, dezembro 2007, Revista dos Tribunais, p. 119.

O prequestionamento ficto, por sua vez, é aquele que ocorre por uma ficção jurídica. Nesta modalidade, considera-se prequestionada a matéria quando, mesmo após oposição de embargos de declaração, o acórdão embargado permanece omissa.³⁰

[...] há o prequestionamento ficto quando a questão constitucional não é resolvida no julgamento recorrido, nem mesmo após a interposição de embargos declaratórios; sustenta-se que o desprovimento dos embargos fundados na omissão acerca da questão constitucional revela a existência de julgamento contrário ao embargante em relação ao ponto controvertido, ainda que não solucionada a questão constitucional, apesar dos declaratórios.³¹

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de aceitar o prequestionamento ficto. Tal posição consolidou-se através da Súmula 356, *in verbis*:

Súmula STF nº 356 - O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Para a correta compreensão da intenção dos magistrados ao editarem esta súmula, necessário analisá-la a contrário senso: poderá ser objeto de recurso extraordinário, o ponto omissa sobre o qual foram opostos embargos de declaração. Esta visão foi exarada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RE 210.638:

O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entende-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.

[...] a rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como

³⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 563.

³¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 563.

resulta, a contrário censo, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador.³²

Evidente, porém, que, apesar de o STF aceitar o prequestionamento ficto, o faz mediante uma condição, qual seja, a interposição de embargos sobre a matéria a qual se deseja recorrer³³.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se de forma diversa da Corte Suprema:

Salienta-se que, diferentemente desta Corte Superior, o Pretório Excelso adota o chamado "prequestionamento ficto", ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples interposição de embargos declaratórios, ainda que eles sejam rejeitados, sem qualquer exame da tese constitucional, bastando que essa tenha sido devolvida por ocasião do julgamento.³⁴

O STJ adota uma postura mais severa no que tange à admissão do prequestionamento ficto. Para esta Corte Superior, se o juízo *a quo* se omite e, mesmo com embargos de declaração não se manifesta quanto a matéria objeto dos declaratórios, deverá a parte interpor recurso especial visando ofensa ao art.535 do CPC com o fito de suprir a omissão e somente assim, após real juízo de valor sobre a matéria outrora omissa, interpor recurso especial sobre esta.

Se este procedimento não for cumprido pela parte, não existirá, aos olhos do STJ, o prequestionamento da matéria objeto de embargos.

1.2.3. Momento e local do prequestionamento

O presente tópico terá o escopo de indicar o momento processual adequado à satisfação da exigência do requisito do prequestionamento quando do uso dos recursos de natureza excepcional.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal: RE 210.638. Voto da lavra do Min. Sepúlveda Pertence: Primeira Turma. DJ 19-6-98. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: RE 210.638. Voto da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. DJ 19-6-98.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça: AgRg no AgRg no AI Nº 998.392 – SP. Voto da lavra do Min. Mauro Campbell Marques: Segunda Turma. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

O ônus da prova é a incumbência atribuída a uma das partes do processo, de provar a existência ou inexistência dos fatos aventados. No que toca ao prequestionamento, o ônus será, invariavelmente, do recorrente, que deve observar o momento processual oportuno para fazê-lo³⁵.

Assim, se na sentença houve inobservância de dispositivos federais ou constitucionais, o recurso de apelação deverá suscitar o prequestionamento, por outro lado, se a omissão resultou de acórdão do Tribunal, será os embargos declaratórios, o momento adequado para suscitar o que se proceda com o questionamento prévio antes de se interpor o recurso de natureza excepcional³⁶.

No entanto, se a ofensa surge com a prolação do próprio acórdão, os órgãos máximos do Poder Judiciário Brasileiro, STJ e STF, partilham do mesmo entendimento no sentido de que deverá haver o manejo dos embargos declaratórios a fim de provocar a manifestação do Tribunal de origem sobre a questão, de modo a viabilizar o acesso à instância superior, conforme se extrai dos recentes julgados constantes do AI nº. 732766 do STF e do AgRg no AI nº. 1.148.947 do STJ.

Outra questão a se observar é a parte da decisão onde deverá ocorrer o prequestionamento. A redação do artigo 469³⁷ do CPC aponta o caminho segundo o qual relatório e fundamentação não fazem coisa julgada, por isso mesmo é larga a jurisprudência no sentido de que somente o que estiver contido no dispositivo será considerado prequestionado³⁸.

Por fim, um ponto demasiado importante e muito discutível - o voto vencido - e não por outro motivo, mas por este, são grandes as chances do atual

³⁵ PIRES, Roberto Carlos Martins. *O prequestionamento no recurso especial e extraordinário*, Revista de Processo, RePro 144. 2007. p. 122.

³⁶ Idem.

³⁷ BRASIL. Código de Processo Civil, Art. 469. "Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo".

³⁸ PIRES, Roberto Carlos Martins, op. cit.

entendimento – o de não se considerar presquestionada matéria ali tratada – cair por terra com o advento da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o qual prevê no artigo 861, § 3º de seu anteprojeto “que o voto vencido será considerado parte integrante do acórdão, inclusive no que tange ao prequestionamento”.

O entendimento acima exposto é partilhado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, sendo, inclusive, teor da Súmula 320 do STJ, a qual dispõe que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Assim, pode-se concluir que a única hipótese de questões tratadas no voto vencido serem consideradas prequestionadas, é o enfrentamento destas pelo voto vencedor, conforme se pode observar da ementa do REsp 1177677/PA a seguir colacionada:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA.
(...)

3. No geral, estes pontos foram amplamente abordados no voto vencido.
Trechos do voto vencido.

4. Ocorre que, de acordo com jurisprudência pacífica desta Corte Superior, as questões enfrentadas no **voto vencido são consideradas não prequestionadas acaso o voto vencedor não as aborde também** (Súmula n. 320).

5. Desta forma, o que se observa é que, ao rejeitar os embargos de declaração lá apresentados, a origem impede o acesso do Ministério Público Federal às instâncias extraordinárias, em razão da ausência de prequestionamento. (...). (grifo nosso). (REsp nº 1.177.677 – PA. 2010/0017742-7 - Rel: Min. Mauro Campbell Marques. 2ª Turma. Dje: 30/09/2010).³⁹

Noutras palavras, o voto vencido que tenha tratado de determinada matéria, isoladamente considerado, não satisfaz o requisito do prequestionamento, conforme recente julgado STF, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.177.677 – PA. 2010/0017742-7 - Relator Min. Mauro Campbell Marques. 2ª Turma. Dje: 30/09/2010).

TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A matéria constitucional contida no recurso extraordinário não foi objeto de debate e exame prévios no Tribunal *a quo*. Tampouco foi suscitada em embargos de declaração, o que não viabiliza o extraordinário, por ausência do necessário prequestionamento.

2. O voto vencido que tenha tratado de determinada matéria, isoladamente considerado, não satisfaz o requisito do prequestionamento.

(...) (AgRg no AI nº. 714208-0 – DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. 1ª Turma. Dje. 17/04/2009).

Portanto, o que se nota é a convergência dos entendimentos acima expostos, em ambos os Tribunais, de modo que, somente se observado o momento processual adequado e obtido o devido rebatimento da matéria pelo voto vencedor (hipótese das decisões não unânimes), haverá possibilidade de uso dos recursos de natureza excepcional.

1.2.4. Aplicação atual do prequestionamento nos recursos extraordinários

É pacífico no STJ e no STF o entendimento de que somente estarão prequestionadas as matérias apreciadas na decisão recorrida, ou seja, estes tribunais são adeptos a corrente que considera ser necessário um ato do julgador para haver o prequestionamento. Há, contudo, uma exceção por parte do Supremo Tribunal Federal, como será demonstrado a frente.⁴⁰

Neste diapasão, se a parte trazer a julgamento determinada matéria e o tribunal não se posicionar sobre tal, qual a medida cabível para que se cumpra o requisito do prequestionamento? Diante dessa situação, deverão ser opostos embargos de declaração com o fim de sanar a omissão e possibilitar a interposição do recurso especial ou extraordinário. Todavia, diante do não conhecimento de tais embargos ou caso não haja o efetivo debate sobre a matéria, que atitude deveria tomar a parte interessada para ver o possível objeto do recurso especial ou extraordinário ao STF prequestionados? Quanto a esta questão divergem os tribunais.

⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed. Vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 211, consagrou o entendimento de que, mesmo opostos embargos, se o tribunal não se pronunciar sobre o assunto, ainda assim será inadmitido o recurso especial⁴¹. Diante dessa situação, deverá ser interposto recurso especial alegando ofensa ao art.535, inc.II do CPC⁴² para forçar o pronunciamento do tribunal de origem⁴³.

Ao contrário do preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, o STF entende que, havendo omissão do juízo *a quo* e tendo o interessado oposto embargos de declaração para supri-la, não há mais o que se exigir da parte, de modo que será, nesse caso, considerada prequestionada a matéria.

A posição do Pretório Excelso é aparentemente mais justa, uma vez que, interpretando a *contrário senso*, as partes ficariam a mercê dos tribunais e complexo seria o caminho para se levar a matéria objeto dos embargos às instâncias supremas. Entretanto, tal solução parece eivada de inconstitucionalidade, afinal, como exposto no presente trabalho, a constituição federal é clara em preconizar que somente serão objeto de recurso extraordinário e especial as “causas decididas”.

Portanto, diante desta situação, por mais onerosa e demorada que possa ser a solução adequada seria aquela aplicada pelo STJ, na qual se deve buscar por meio do recurso especial, a alegação de ofensa ao art. 535 inc.II do CPC, ou por meio de recurso extraordinário, a alegação de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e principalmente ampla defesa para, somente depois de decididas essas matérias no juízo *a quo*, ser interposto recurso ao STJ ou STF com a matéria de fundo.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em: 22/03/2011.

⁴² BRASIL. Código de Processo Civil, art. 535: “Cabem embargos de declaração quando: (...) II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acessado em: 22/03/2011.

⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed. Vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 160 e 161. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 235 e 236.

O prequestionamento é um requisito essencial ao modelo constitucional brasileiro atual, pois, como dito, além de estar implícito na constituição deriva da própria origem e função dos recursos especiais.

Os embargos de declaração possuem função fundamental nesse processo, afinal ele é o meio de se suprir omissões constantes da decisão de apelação, em especial quando se tratar de matérias passíveis de serem argüidas em recurso especial ao STJ ou em recurso extraordinário ao STF. Contudo, se mesmo diante de sua oposição, o Tribunal persiste em omitir-se, estará descumprindo normas federais e constitucionais e, de fato, neste momento não será possível à interposição dos recursos às cortes superiores com a matéria omitida, pois, como frisado anteriormente, estes Tribunais tem competência de analisar uma matéria já decidida pelos tribunais *a quo*.

Caso o Tribunal, após oposição dos embargos, permaneça omissor, surgirá neste momento ofensa ao inc. II do art. 535 do CPC⁴⁴ que é uma lei federal, e, portanto, deverá ser interposto recurso especial ao STJ para suprir a omissão. Somente depois de suprida a omissão e, portanto, prequestionada a matéria, é que será possível a interposição de outro recurso extraordinário com a matéria inicialmente omitida.

É fato que esse caminho é moroso, contudo, se os tribunais julgassem matérias não decididas, não “prequestionadas”, estariam desvirtuando a função dos recursos extraordinários e se instalaria uma verdadeira insegurança jurídica.

Há, contudo, uma situação em que é necessária maior cautela. Quando a matéria objeto do recurso extraordinário for uma matéria de ordem pública, estas estariam também condicionadas ao prequestionamento? Tal discussão será objeto dos capítulos seguintes.

⁴⁴ BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Art. 535. “Cabem embargos de declaração quando: (...) II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”. Acesso em: 26 maio 2011.

2 MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E O EFEITO TRANSLATIVO

2.1. Conceitos de matéria de ordem pública

Há no direito brasileiro uma divisão nem sempre muito clara entre direito público e privado. O direito privado diz respeito a interesses de particulares, ou seja, entre duas ou mais pessoas, enquanto as normas de direito público nos remetem a discussões jurídicas que envolvem diretamente a sociedade ou o Estado⁴⁵.

O direito processual se enquadra como norma de direito público, uma vez que possui finalidade preponderantemente sócio-política visando regular o exercício do poder pelo Estado, contudo nem todas as normas processuais são de ordem pública⁴⁶.

Serão consideradas normas de ordem pública aquelas que importarem a sociedade, aquelas que extrapolam o interesse das partes do processo para atingirem questões de interesse público garantindo uma segurança jurídica. Candido Rangel Dinamarco elucida tal questão:

As normas processuais são de direito público pelo fato de regerem relações com o Estado, estando este no exercício do poder. [...]. São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao *interesse público*. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.⁴⁷

Não há na doutrina e na jurisprudência um conceito claro quanto à matéria de ordem pública. Em verdade, matéria de ordem pública se define mais diretamente por suas características.

⁴⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 48 e 49. GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.

⁴⁶ Ibidem, p. 69.

⁴⁷ Ibidem, p. 69, passim.

Serão, portanto, consideradas matérias de ordem pública aquelas que extrapolem a relação entre as partes e que são de apreciação a qualquer tempo e grau de jurisdição pelo magistrado, por provocação das partes ou *ex officio*.

Há ainda que se observar que a matéria de ordem pública não está sujeita a preclusão. Defendendo tal posicionamento, o voto do Ministro Mauro Campbell Marques de maio de 2011:

Por outro lado, o art. 471 do CPC estabelece a preclusão pro judicato, determinando que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide [...]”. Todavia, encontra-se consolidado na jurisprudência desta Corte que a preclusão imposta ao órgão jurisdicional por força do mencionado dispositivo não deve ser aplicada nas hipóteses em que a matéria objeto da decisão for de ordem pública ou versar sobre direito indisponível, já que o próprio dispositivo, em seu inciso II, prevê o seu afastamento “nos demais casos prescritos em lei”.⁴⁸

Ainda no concernente à tese de preclusão, o Superior Tribunal de Justiça expressou o seguinte entendimento:

Eventuais questões relacionadas à formação do instrumento de agravo, vinculada, portanto, à sua própria admissibilidade — por se tratar de matéria de ordem pública —, poderão ser conhecidas a qualquer tempo pelo magistrado, ainda que não suscitadas na resposta do agravado.⁴⁹

Neste diapasão, são consideradas de ordem pública as matérias que dizem respeito aos pressupostos processuais de existência e de validade e aquelas relacionadas a condições da ação⁵⁰.

São pressupostos processuais todo o processamento válido de um recurso como custas processuais, tempestividade e outros. Candido Rangel fala sobre a importância dos pressupostos processuais:

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.244.469. voto do Min. Mauro Campbell Marques: Segunda Turma. DJe 16-05-2011. Disponível em: www.stj.jus.br.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: EDcl no AgRg no Ag. 652.717/SP. Voto do Relator Min. Denise Arruda, DJ de 3-4-2006). Disponível em: www.stj.jus.br.

⁵⁰ Revista de processo, v.32, nº 151, p. 336, set. de 2007.

Não existe, contudo, a possibilidade de optar pelo procedimento da preferência do autor. A determinação do procedimento adequado constitui ditame de ordem pública do processo, cujo desatendimento vicia a propositura da demanda e impede sua apreciação. A regra é a chamada indisponibilidade do procedimento, que em princípio deve levar o juiz a indeferir a petição inicial se escolhido procedimento inadequado e não for possível adaptar (CPC, art. 295, inc. V: infra, nn. 635 e 978). É excepcional a permissão de optar pelo procedimento ordinário, como requisito para a cumulação de demandas regidas por procedimentos diferentes (art. 292, § 24).⁵¹

As condições da ação são três, possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual e estão contidas no Código de Processo Civil em seus arts. 3º e 267, inc. VI, *in verbis*:

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

[...]⁵²

Como visto, não há dificuldades em se enquadrar as condições da ação como matéria de ordem pública, uma vez que o CPC traz em seu § 3º do art. 267, expressa menção de que essa matéria deverá ser conhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Segundo esse pensamento, a possibilidade de correção de erro material trazida no art. 463 do CPC também não está sujeita aos efeitos da coisa julgada e da preclusão constituindo-se matéria de ordem pública. Tal entendimento é trazido no voto do Ministro Benedito Gonçalves, *in verbis*:

⁵¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 169 e 170

⁵² BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 maio 2011.

Nessa esteira, conforme jurisprudência consolidada do STJ tem-se que a correção de erro material disciplinado pelo art. 463 do CPC não se sujeita aos institutos da preclusão e da coisa julgada, porquanto constitui matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo magistrado⁵³.

As matérias de ordem pública, devido as suas características, possuem grande relevância no direito Brasileiro. O envio dessa, através dos recursos, para análise do juízo *ad quem*, recebe o nome de efeito translativo, como demonstrado a seguir.

2.2. Conceito e aplicação do efeito translativo

A interposição de um recurso visa provocar a análise de uma decisão judicial, e por consequência impede o Transito em julgado. Como já visto anteriormente neste trabalho, para as partes, os recursos têm por fim defender interesse próprio modificando ou reformando a decisão. Os recursos extraordinários, por sua vez, possuem a função principal de uniformizar jurisprudências que versem sobre matérias constitucionais ou federais, ou seja, busca, em verdade, garantir a ordem jurídica nacional.

Este trabalho tem como foco elucidar a aplicação do efeito translativo – em especial, quando discutida a matéria de ordem pública nos recursos extraordinários –, contudo, faz-se necessário que esteja claro o que são e quando se aplicam alguns outros efeitos trazidos com os recursos.

É com a interposição de um recurso que se vislumbra os efeitos suspensivo, devolutivo, regressivo ou de retratação, expansivo subjetivo e, finalmente, translativo.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, serão tratadas teses e discussões acerca dos efeitos devolutivo e translativo que muito tem em comum.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1160801. Voto do Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma. DJe 10-05-2011. Precedentes: REsp 824.289/TO, Relator Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 16/10/2006; AgRg no REsp 773273/MG, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 27/02/2008. Disponibilizados em: www.stj.jus.br.

2.2.1. Efeito devolutivo

Para que se possa analisar o efeito translativo, é imprescindível que conheça bem o efeito devolutivo, uma vez que, como será visto a seguir, diversos estudiosos da matéria classificam aquele como sendo parte do deste.

As regras dos efeitos devolutivo e translativo são tratadas no Código de Processo Civil, em seus arts. 515 e parágrafos e 516. São regras, a primeira vista, aplicáveis a apelação, mas que são, em verdade, normas gerais aplicáveis a todos os recursos de forma mais ou menos ampla.⁵⁴

Dá-se o nome de efeito devolutivo a transferência da matéria analisada pelo juízo *a quo* ao juízo *ad quem*. Não é necessário que se trate de juízos diferentes, mas apenas momentos de análise diferente, ou seja, uma reanálise de determinada matéria. Neste sentido, este efeito estaria ligado diretamente a própria função dos recursos e está presente em todos eles. Como afirma Fredie Didier Jr, “é da essência do recurso provocar o reexame da decisão – e isso que caracteriza a devolução”.⁵⁵

Nelson Nery Jr. coaduna com esse entendimento afirmando que:

A aptidão para provocar o reexame da decisão impugnada por meio de recurso já é suficiente para caracterizar o efeito devolutivo do recurso. Não há necessidade de o órgão destinatário seja diverso daquele que proferiu o ato impugnado. Assim, mesmo os embargos de declaração e os embargos infringentes da LEF 34, dirigidos ao mesmo órgão de onde proveio a decisão recorrida, tem efeito devolutivo, que é comum e existe em todos os recursos no sistema processual civil brasileiro, seja o da CF ou CPC ou, ainda, o de leis processuais extravagantes.⁵⁶

Há, por outro lado, outra corrente não dominante, que afirma estar presente o efeito devolutivo apenas quando o juízo *a quo* e *ad quem* forem de graus diferentes de jurisdição. O efeito devolutivo, nessa acepção, guarda ligação direta com

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 431.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Neste sentido Barbosa Moreira afirma:

Chama-se devolutivo ao efeito do recurso consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento de matéria julgada em grau inferior de jurisdição. [...]. (grifo nosso).

[...]. *De lege lata*, há devolução sempre que se transfere ao órgão *ad quem* algo do que fora submetido ao órgão *a quo* – *algo*, repita-se; não necessariamente *tudo*. Inexiste, portanto recurso totalmente desprovido de efeito devolutivo, com ressalva dos casos em que o julgamento caiba ao mesmo órgão que proferiu a decisão recorrida.⁵⁷

Prevalece no direito brasileiro o princípio da inércia do judiciário, o que significa que o judiciário somente poderá agir quando provocado, como preceitua os art. 2º do CPC, ao afirmar que “*Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*”.

Da mesma forma, o magistrado deverá decidir nos limites da provocação sendo vedado julgamento *extra*, *ultra* ou *infra petita*⁵⁸. Tem-se, portanto, que, em regra, extrapolará dos seus poderes o magistrado que decidir de forma além, aquém ou diversa do que foi pedido pelas partes, como se ve nos arts. 128 e 460 do CPC.

O efeito devolutivo, em especial seu grau de extensão diz respeito à exata matéria da decisão impugnada trazida nas razões do recurso para efetiva análise do magistrado. Fredie Didier Jr. afirma que a extensão do efeito devolutivo significa que

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 260.

⁵⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues, Curso Avançado De Processo Civil, vol.1: *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: revista e atualizada. “Assim, considera-se *extra petita* a sentença que decidir sobre pedido diverso daquilo que consta da petição inicial. Será *ultra petita* a sentença que alcançar além da própria extensão do pedido, apreciando mais do que foi pleiteado. E é *infra petita* a sentença que não versou sobre a totalidade do pedido, apreciando apenas parcela dele, sem, todavia, julgar tudo quanto tenha sido expressado no pedido”.

“ao deduzir o pedido de nova decisão, o recorrente fixa a extensão da devolutividade, a fim de que o tribunal possa julgar o recurso⁵⁹”.

Em cumprimento ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, tal delimitação não poderá ser ultrapassada pelo julgador, *ou seja*, o magistrado deverá julgar nos limites da matéria trazida no recurso. Márcio Henrique Mendes completa esse entendimento afirmando que o tribunal não poderá ir além da matéria devolvida por meio do recurso sob-risco de contrariar o princípio da inércia jurisdicional⁶⁰.

Nelson Nery Junior enfatiza que “o objeto da devolutividade constitui o mérito do recurso, ou seja, a matéria sobre a qual deve o órgão *ad quem* pronunciar-se, provendo-o ou improvendo-o⁶¹”. Contudo não é necessário que essa matéria seja de mérito para que haja a devolutividade, mas apenas que a matéria seja levada a um reexame pelo órgão *ad quem*.

Estando o órgão adstrito, em regra, a julgar somente o que lhe foi apresentado no recurso – uma vez que as matérias não trazidas neste instrumento não lhe foram devolvidas – decidir além do que foi consignado no recurso e nas contrarrazões caracteriza típico julgamento *extra petita*. O Superior Tribunal de Justiça traz no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp Nº 785.720 – RS⁶², dentre outros, posicionamento claro quanto ao assunto:

Contudo, prevaleceu o entendimento de que, mesmo em casos como o presente, no qual o contrato firmado entre as partes é regido pelas normas do Direito do Consumidor, as cláusulas contratuais não podem ser revistas de ofício, em respeito ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

⁵⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 8. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. p.105.

⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polemicos e atuais dos recursos cíveis e afins*. Texto de Márcio Henrique Mendes da Silva: *Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos: perspectiva de interpretação instrumental*. vol. 11. São Paulo: RT, 2007. p. 208.

⁶¹ Idem. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 430.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Embargos de Divergência em REsp Nº 785.720 – RS. voto da lavra do Min. Luis Felipe Salomão: Segunda Seção. DJe 11-06-2010.

Diante disso, considera-se julgamento *extra petita* o enfrentamento pelo órgão julgador de questões referentes a direito patrimonial, inexistindo pedido ou recurso nesse sentido, conforme entendimento pacificado.

Se por um lado o grau de extensão do efeito devolutivo diz respeito à restrição de julgar somente o que foi impugnado pelo recorrente, o grau de profundidade refere-se à matéria que poderá ser analisada pelo julgador para que possa tomar sua decisão e para fundamentá-la⁶³. O grau de profundidade pode ser visto sob dois aspectos:

- a) Possibilidade de o julgador analisar os fundamentos do pedido e da defesa, mesmo que estes não tenham sido apresentados no recurso e nas contrarrazões.
- b) Possibilidade de ser devolvida à análise do juízo *ad quem* matéria não decidida na decisão recorrida.

Importante destacar que o *grau de profundidade* não restringe o *grau de extensão* do recurso, uma vez que este se refere ao fato de o julgador ser obrigado a limitar-se aos pedidos trazidos no recurso enquanto aquele diz respeito às matérias não mencionadas na decisão do juízo *a quo* que poderão ser analisadas pelo juízo *ad quem*.⁶⁴ Tal entendimento se extrai dos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Como determina o § 1º do art. 515 do CPC, se o juiz julga por extinguir determinado processo sem resolução de mérito – por estar prescrita a causa ou

⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 84.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e afins*. Vol. 11. São Paulo: RT, 2007. p. 208.

decaído o pedido, por exemplo – poderá o julgador, superada a causa que levou a extinção, julgar o mérito da discussão, mesmo que o juiz nada tenha dito sobre a matéria⁶⁵.

Observe, contudo, que, em cumprimento ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum* verificado na análise da extensão do efeito devolutivo, se o magistrado deixa de se pronunciar sobre determinado pedido ou decide expressamente sobre determinada matéria e não há pelo recorrente o questionamento destas questões, ocorrerá a preclusão e, portanto, não serão devolvidas ao juízo *ad quem*.⁶⁶

Este é a norma contida no texto do art. 473 do CPC que afirma ser “*defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão*”.⁶⁷

Sobre o assunto, Barbosa Moreira:

[...] só quanto aos pedidos, em sentido técnico, é que existe o ônus: se o autor cumulava dois ou mais e, desatendido em algum (ou alguns) deles, deixa de tornar a formulá-lo(s) no recurso, o órgão *ad quem* já não poderá apreciá-lo(s). Diversamente se passa as coisas no que concerne aos *fundamentos* do pedido e para o réu, às defesas (“*eccezioni*”, *no texto peninsular*). Aqueles e estas de qualquer modo escapam à preclusão e ficam sujeitos à cognição do tribunal; não se impõe às partes o ônus da reiteração.⁶⁸

O grau de profundidade do efeito devolutivo varia de recurso para recurso. Como regra geral, os recursos, em especial a apelação, possui um amplo grau de profundidade uma vez que o art.516 do CPC permite que as matérias não decididas na sentença possam, também, serem apresentadas em recurso de apelação e, por

⁶⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 84.

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 430.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 446. e DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 105.

consequência, analisadas pelo tribunal⁶⁹. O mesmo não ocorre com toda a devolutividade dos recursos especiais e extraordinários *strictu sensu*⁷⁰.

Os recursos extraordinários têm por finalidade uniformizar a jurisprudência e garantir a uniformidade na interpretação jurídica em relação às leis federais e constitucionais⁷¹. Para tal a constituição federal – arts. 102, inc.III e alíneas e art.105, inc.III e alíneas – determina os casos específicos em que poderão ser interpostos os recursos, especial ao STJ e extraordinário ao STF. É o teor dos supracitados artigos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

A função a que se destinam os recursos extraordinários representa, portanto, uma restrição a devolutividade desses. Se, por exemplo, uma determinada matéria decidida pelo tribunal *a quo* não ofender qualquer legislação constitucional ou

⁶⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 105 e 106.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.441.

⁷¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 98-105.

federal, não poderá ser devolvida ao tribunal *ad quem* por meio dos recursos extraordinários, mesmo que represente uma injustiça⁷².

Da mesma forma o prequestionamento também representa restrição ao grau de profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários, uma vez que se a matéria não tiver sido discutida na decisão recorrida, mesmo que se enquadre nas matérias elencadas nos arts. 102, inc. III e 105, inci. III não poderá vir a se tornar objeto de discussão por meio dessa espécie recursal⁷³.

2.2.2. Efeito Translativo

Como já estudado, as matérias de ordem pública são de apreciação a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição pelo magistrado, por provocação das partes ou *ex officio* e não são suscetíveis a preclusão. O efeito translativo nada mais é que o envio de tais matérias, por meio de um recurso ao juízo *ad quem*, tendo elas sido suscitadas pelo recorrente ou não.⁷⁴

Há na doutrina quem classifique o efeito translativo como uma acepção da profundidade do efeito devolutivo sob o argumento de que a possibilidade de analisar matérias de ordem pública, até então não trazidas ao processo, advêm da possibilidade de análise da profundidade do efeito devolutivo do recurso⁷⁵.

Didier se posiciona no sentido de que a profundidade da devolução atinge às questões efetivamente resolvidas na decisão recorrida, bem como “as que nela poderiam tê-lo sido. Nisso se compreendem: **a) questões examináveis de ofício;**

⁷² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.441.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Ibidem, p. 482.

⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 82 e 84.

b) questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas [...]” **(grifo nosso)**⁷⁶.

Márcio Henrique Mendes da Silva também traz como um aspecto da profundidade do efeito devolutivo a possibilidade da devolução de matéria de ordem pública, mesmo que não debatida na decisão impugnada, verbis:

Já a *profundidade* do efeito devolutivo diz respeito aos pontos e questões relativos à matéria devolvida ao tribunal por meio da apelação. Para proferir a sentença, o órgão de primeiro grau necessariamente enfrenta e resolve questões, ou seja, pontos duvidosos de fato e de direito, suscitados pelas partes ou examinados ex officio”. **(grifo nosso)**

[...] a profundidade do efeito devolutivo é medida pela averiguação das questões que devem ser apreciadas pelo tribunal, que podem tanto ser as mesmas já examinadas pelo juízo *a quo* quanto outras que, embora pudessem ou deversem ter sido examinadas pela inferior instância, de fato não foram”. **(grifo nosso)**.⁷⁷

Evidente que ao se referir a devolução de matérias que deveriam ser examinadas *ex officio* e ao se referir a questões que “devessem” ter sido examinadas, Márcio Henrique Mendes se refere, em verdade, a devolução de matérias de ordem pública que, nesta acepção, corresponde ao que se verá neste tópico como o efeito translativo⁷⁸.

Nelson Nery Jr., em posição que parece mais acertada, desvincula totalmente o efeito translativo do efeito devolutivo. Para ele, o efeito devolutivo é a manifestação do princípio dispositivo e, portanto, somente há de se falar em

⁷⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 84 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 444.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polemicos e atuais dos recursos cíveis e afins. Texto de Márcio Henrique Mendes da Silva: Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos: perspectiva de interpretação instrumental*. vol. 11. São Paulo: RT, 2007. p. 208.

⁷⁸ SILVA, Márcio Henrique Mendes da: *Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos: perspectiva de interpretação instrumental*. Vol. 11. São Paulo: RT, 2007. p. 208.

devolutividade da matéria efetivamente impugnada no recurso. Por outro lado, o efeito translativo se dará em função do princípio inquisitório⁷⁹.⁸⁰

Como visto anteriormente, a análise da profundidade do efeito devolutivo possui a característica de possibilitar que o tribunal conheça das matérias não apreciadas por inteiro na decisão impugnada bem como de toda a fundamentação do processo. Esta possibilidade não está consoante com o princípio dispositivo, ao contrário, trata-se de uma exceção que se caracteriza como um benefício a ambas as partes no processo.⁸¹

Como prescreve Nelson Nery Jr., assim como são “transferidas para o tribunal *ad quem* as questões dispositivas que deixaram de ser apreciadas pelo juízo de primeiro grau”, “o exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso”⁸².

Evidente que as questões dispositivas serão transferidas em razão da profundidade do efeito devolutivo enquanto as questões de ordem pública o serão em razão do efeito translativo, mesmo que tenham sido discutidas na decisão recorrida.⁸³

Bernardo Pimentel simplifica a questão:

o efeito translativo está consubstanciado na apreciação oficial pelo órgão julgador do recurso de matérias cujo exame é obrigatório por força de lei, ainda que ausente impugnação específica do recorrente. Daí a conclusão: o efeito translativo diz respeito às matérias de ordem pública, com predomínio do interesse público em relação ao interesse pessoal das partes. Por exemplo, o efeito translativo é encontrado nos artigos 113, caput¹³¹, 219, § 5º¹³², 245, parágrafo único¹³³, 267, § 3º¹³⁴, 515, §§ 1º e 2º¹³⁵, e 516¹³⁶, todos do

⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9º ed. Vol. 1. Bahia: Jus Podivm, 2008. p. 55 e 56: “Quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo”. Por outro lado “sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, ve-se manifestação de ‘inquisitorialidade’”.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.430.

⁸¹ Idem

⁸² Ibidem, p. 84- 86.

⁸³ Ibidem, p. 430.

Código de Processo Civil, assim como no artigo 210 do Código Civil de 2002. Conhecido o recurso, o tribunal competente para o julgamento também deve tomar conhecimento das matérias veiculadas naqueles preceitos.⁸⁴

Em meio as características do efeito translativo e da matéria de ordem pública, surgem importantes questões: seria esse efeito uma exceção a obrigatoriedade de prequestionamento dos recursos extraordinários? Há efeito translativo nos recursos extraordinários? Tais questões são o objeto do próximo capítulo.

⁸⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.26.

3 EFEITO TRANSLATIVO E O PREQUESTIONAMENTO

Neste ponto do trabalho encontra-se a principal problemática que envolve o tema. Será aqui discutida a possibilidade de uma matéria de ordem pública ser objeto de recurso extraordinário quando não prequestionada na decisão recorrida. Observe que declarar a impossibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública nos recursos excepcionais representa afirmar a inexistência do efeito translativo em tais modalidades recursais.

O prequestionamento é um requisito específico dos recursos extraordinários e advém da própria natureza excepcional destes. Ante este requisito de admissibilidade é que surge os questionamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto a existência do efeito translativo nestas espécies recursais. O Ministro Teori Albino Zavalcky, em voto de sua lavra retrata esta questão:

Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem. Questiona-se, por isso mesmo, a existência, nessa espécie recursal, do chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública, conforme permitem o art. 267, § 3º, e o art. 301, § 4º, do CPC. Há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega tal efeito aos recursos extraordinário e especial, à consideração de que ele seria incompatível com a exigência do prequestionamento, insita à natureza dos recursos excepcionais. Tese contrária, defendida por também importante corrente de pensamento, adverte, todavia, que, apesar de seus estreitos limites de devolutividade, o recurso especial tem por finalidade, ainda assim, julgar uma "causa" e, como tal, não está inteiramente alheio ao caso concreto ou à relação jurídica efetivamente questionada. Nessas circunstâncias, não pode a instância extraordinária simplesmente ignorar eventuais defeitos ou nulidades que impeçam a prestação da tutela jurisdicional na hipótese em julgamento, ainda quando o empecilho não tenha sido objeto de exame na origem e nem tenha sido suscitado pela parte interessada.⁸⁵

É possível dividir as correntes doutrinárias que debatem a existência do efeito translativo nos recursos excepcionais em dois blocos: os que afirmam existir o efeito translativo nos recursos extraordinários e os que negam essa possibilidade. Será

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça: REsp 660.519 - CE. Voto da lavra do Min. Teori Albino Zavascki. DJ 07/11/2005 p. 97. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

exposto a seguir esses dois posicionamentos doutrinários que, por diversos fundamentos, buscam justificar sua forma de pensar.

3.1. Da existência do efeito translativo nos recursos de natureza excepcional

A doutrina que acredita ser possível o efeito translativo nos recursos extraordinários pode ser dividida em duas vertentes: I – A corrente liberal, cuja necessidade de prequestionamento de matéria de ordem pública é dispensável quando por outro motivo houver razão para o conhecimento do recurso excepcional; II – A corrente mais liberal que acredita ser totalmente dispensável o prequestionamento nos recursos excepcionais quando envolver matérias de ordem pública.⁸⁶

Conforme será visto a seguir, mesmo aqueles que compartilham de uma mesma corrente, muitas vezes divergem quanto aos argumentos que a fundamentam.

É certo que os recursos extraordinários destinam-se, em sua essência, a garantir a uniformidade do direito constitucional e federal aplicado nas instâncias ordinárias, contudo, há que se observar não se tratar de espécies recursais a serviço dos operadores do direito, para exporem suas teses ou para servirem como uma via consultiva. Tanto o recurso extraordinário ao STF quanto o Recurso Especial ao STJ julgam casos concretos. Assim determina a Súmula 456 do STF: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie"^{87 88}.

Verifica-se, portanto, que ao julgar os recursos extraordinários, os julgadores estão vinculados a uma causa específica, assim como ocorre nas instâncias inferiores. Com esta vinculação à situação apresentada no recurso, é surge a ideia de

⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento*. Revista de Processo 132, ano 31, fevereiro 2006. p. 272-287

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 456. Brasília, 1964. Disponibilizado em: www.stf.jus.br.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça: Resp 660.519 - CE. Voto da lavra do Min. Teori Albino Zavascki: Primeira Turma. DJ 07/11/2005 p. 97. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

que, ao julgar, os Ministros estariam obrigados a observar as matérias de ordem pública que envolve o processo, não podendo o prequestionamento servir como meio de se afastar questões essenciais para o julgamento da matéria devolvida. O Ministro Teori Albino Zavascki compactua com esta visão:

No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie ". Bem se vê, portanto, que também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa, a uma situação em espécie . Ora, isso não pode ser ignorado quando se examina o requisito do prequestionamento. Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial.⁸⁹

Como visto, esta posição vai ao encontro com a corrente liberal, aceitando a ausência de prequestionamento da matéria de ordem pública, mas exigindo que o recurso extraordinário seja conhecido por outras razões.⁹⁰ Se, por outro lado, o recurso não chega a ser conhecido, não há vinculação a causa, pois apenas fora analisada a admissibilidade do recurso e, portanto, não estaria o julgador obrigado a analisar qualquer matéria, ainda que de ordem pública. Assim também entende Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, contudo, com fundamentos diferentes, que por sua extrema clareza aqui se expõe:

Sucede que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer ex ofício ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no §3º do art.267 e a prescrição ou decadência), bem como de todas as questões suscitadas e discutidas no processo relacionadas ao capítulo decisório objeto do recurso extraordinário, mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido. Perceba-se: não é possível que uma dessas questões seja objeto (causa de pedir/pedido recursais) de recurso extraordinário/especial sem que tenha havido o prequestionamento, mas, uma vez examinado o recurso, que, por exemplo, tenha outro andamento, os tribunais superiores poderão aplicar o §3º do art.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça: Resp 660.519 - CE. Voto da lavra do Min. Teori Albino Zavascki: Primeira Turma. DJ 07/11/2005 p. 97. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

⁹⁰ Idem.

267 do CPC e os arts. 193, 210 e 211 do CC-2002, reconhecendo as questões processuais, a prescrição ou a decadência, bem como todas as demais questões relevantes para o julgamento da causa. Com o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, a jurisdição do tribunal superior é aberta.⁹¹

Ruy Rosado de Aguiar Júnior acompanha esta corrente liberal sob o argumento de que o fato de estarem *sub judice*, questões de ordem pública não é suficiente para influir nos mandamentos constitucionais, uma vez que, segundo o autor, conhecer o recurso especial sem que haja o prequestionamento tornaria o Superior Tribunal de Justiça um verdadeiro “tribunal de revisão ordinária”. O autor ressalta, contudo, que, se por outra matéria devolvida poder ser conhecido o recurso especial, matéria essa devidamente prequestionada, deverá o magistrado observar também todas as matérias de ordem pública que envolvam a questão.⁹²

Dos ensinamentos de Ruy Rosado, se extrai um interessante posicionamento, ainda mais aprofundado sobre a problemática em questão. Para ele, se conhecido o recurso especial por um fundamento qualquer, deverá o magistrado manifestar-se quanto às matérias de ordem pública, contudo, quando diante de apenas um recorrente, o julgador não poderá analisar de ofício matérias de ordem pública que prejudiquem este recorrente.⁹³ Tal entendimento pode ser vislumbrado na decisão do REsp 847950 / MG, conforme se vê:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO INCOMPREENSÍVEL DA IRRESIGNAÇÃO. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DA TESE. IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTOS CENTRAIS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. Em sede de recurso especial, ainda que a matéria de ordem pública seja ventilada em contrarrazões, é indispensável, para que não ocorra supressão de instância, que a tese tenha sido apreciada pela origem, sendo que o seu acolhimento também não pode resultar in reformatio in pejus. Precedentes.

⁹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo Nos Tribunais*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 280 e 281.

⁹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Recurso especial: questão de ordem pública. Pquestionamento*. Revista de Processo 132, ano 31, fevereiro 2006. p.272-287

⁹³ Idem.

2. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite a apreciação, em sede de especial, de matéria constitucional.
3. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. O Tribunal *ad quem* dirimiu as questões pertinentes ao litígio.
4. O Tribunal de origem reformou a sentença, afastando o entendimento quanto ao cabimento da devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente, não agravando a condenação imposta à apelante.
5. A jurisprudência deste Tribunal é firme no entendimento de que as empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras. Todavia, incide, por analogia, a Súmula 284 do STF, quando o recorrente expõe a sua irresignação de modo incompreensível e flagrantemente dissonante do decidido pela origem.
6. Orienta a Súmula 283 do STF ser inadmissível o conhecimento de tese recursal quando não há impugnação de fundamento suficiente à subsistência da decisão.
7. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (grifo nosso).⁹⁴

A corrente mais liberal, por sua vez entende que a matéria de ordem pública prevalece sobre o requisito do prequestionamento. Nesta acepção, se, por exemplo, for interposto recurso excepcional que trate somente sobre matéria de ordem pública, mesmo que esta não tenha sido prequestionada, o recurso deverá ser admitido e analisado. Esta corrente, conforme veremos em capítulo próprio, é muito pouco adotada pelos julgadores e possui poucos adeptos na doutrina.

3.2. Da Inexistência do efeito translativo nos recursos de natureza excepcional

Assim como ocorre com a doutrina que acredita haver o efeito translativo, mesmo quando a matéria não houver sido prequestionada, a corrente rígida possui diversos adeptos, contudo, os doutrinadores frequentemente divergem quanto aos argumentos que a fundamenta.

Segundo Fernandes, a doutrina majoritária entende que as matérias de ordem pública não sobrepujam a necessidade do prequestionamento. Entende esta

⁹⁴ BRASIL, Superior Tribunal De Justiça: voto da lavra do Min. Luis Felipe Salomão REsp 847950 / MG. Quarta Turma. DJe 02/06/2011. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

doutrina que, sendo de ordem pública ou não, o objeto dos recursos especiais ao STJ e extraordinário ao STF devem ter sido prequestionados.⁹⁵

Este entendimento ao qual Fernandes compartilha sustenta-se no próprio texto constitucional contido no art.102, inc.III e 105, inc. III⁹⁶. Tais dispositivos asseveram que será objeto de recurso especial e extraordinário ao STF “causas decididas”.⁹⁷

Consoante com o entendimento de Fernandes, Gladson Rogério de Oliveira Miranda afirma que, seja qual for a matéria levada à análise dos tribunais superiores através de recurso de natureza excepcional, deverá haver o prequestionamento.⁹⁸

Candido Dinamarco também possui essa visão e afirma que não é possível o reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública nos recursos extraordinários, uma vez que é requisito para conhecimento destes, o objeto outrora decidido nos tribunais locais.⁹⁹

⁹⁵ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunal, Coleção RPC, 2008, p. 249.

⁹⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acessado em 22/03/2011. art.102 – “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) inc. III – Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...)”;v art.105 – “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) inc.III – Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...)”.

⁹⁷ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunal, Coleção RPC. 2008, p. 249.

⁹⁸ MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. *Pquestionamento nas Questões de Ordem Pública*. Disponível em: *Jus Navegandi* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4606>, 2003.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. 5. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2005, p.597-598.

Nery Jr. afirma, ainda, que “a instância dos recursos extraordinário e especial não é ordinária, mas excepcional, não se lhes aplicando o texto legal referido” (referindo-se ao art. 267, § 3º, do CPC).¹⁰⁰

Marinoni deixa clara sua posição afirmando que não se podem reconhecer questões de ordem pública em recursos de natureza excepcionais quando estas não houverem sido prequestionadas tribunal *a quo*.¹⁰¹

Não obstante concordar com os demais doutrinadores citados, Teresa Arruda Alvim Wambier e Gladson Rogério de Oliveira MIRANDA fundamentam sua posição afirmando não ser possível, ante o princípio da hierarquia das normas, que matéria infraconstitucional (arts. 267, §3º, 301, §4º, dentre outros do CPC) sobrepujam norma constitucional. Isso, pois – segundo Wambier – a constituição impõe que somente sejam analisadas através dos recursos excepcionais, as matérias decididas, não havendo qualquer exceção no texto constitucional.¹⁰²

A corrente que acredita não existir efeito translativo nos recursos extraordinários, quando determinada matéria de ordem pública não houver sido prequestionada no tribunal local, afirma que caberá à parte interessada propor ação rescisória, é o que afirma com clareza Nelson Nery Junior:

não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (arts. 102, III, e 105, III, da CF). Caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os verbetes ns. 282 e 356 da Súmula do STF, que exigem o prequestionamento da

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos. Princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 426.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 574.

¹⁰² *Apud* CARNEIRO, Tânia Aoki. *Recurso especial, efeito translativo. Matéria de ordem pública*. Revista de Processo, RePro 143, ano 32, Revista dos Tribunais, janeiro de 2007; MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Pquestionamento nas Questões de Ordem Pública. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4606>, elaborado em abril de 2003.

questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional.¹⁰³

Observe que esta solução vai de encontro ao princípio da economia processual, uma vez que a parte deverá acionar o judiciário novamente interpondo ação rescisórias com o fito de cancelar o transito em julgado da ação principal.

3.3. Da posição dos tribunais superiores quanto à existência do efeito translativo nos recursos de natureza excepcional – Concepções jurisprudenciais

A pesquisa exposta a seguir foi realizada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça utilizando como critério variações entre as palavras chave: efeito translativo, prequestionamento, matéria de ordem pública e reconhecimento de ofício.

É possível vislumbrar na jurisprudência, decisões segundo as três correntes doutrinárias apresentadas no decorrer do presente trabalho.

O Supremo Tribunal Federal tem posicionamento firme no sentido de não permitir a aplicação do efeito translativo em relação a matérias não prequestionadas. O STJ, por sua vez, não possui entendimento pacífico quando o assunto envolve a aplicação deste efeito nos recursos especiais.

O Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, asseverou em seu voto, que “a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de se exigir, mesmo em questões de ordem pública, o devido prequestionamento perante o Tribunal de origem”, conforme se verifica da decisão da 2ª Turma abaixo colacionada:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO DE ACÓRDÃO DO STJ. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE QUESTÃO DIVERSA DA DECIDIDA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA DE ORDEM

¹⁰³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos. Princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.426.

PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Somente se admite recurso extraordinário de decisão do Superior Tribunal de Justiça se a questão constitucional impugnada for nova. Assim, a matéria constitucional impugnável via RE deve ter surgido, originariamente, no julgamento do recurso especial. Precedentes. II - Matéria de ordem pública não afasta a necessidade do prequestionamento da questão. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. ARE-AgR 668989 / DF. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Segunda Turma. DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012). (grifo nosso).¹⁰⁴

Em julgados da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, é possível vislumbrar o mesmo entendimento ao asseverar que a matéria, mesmo de ordem pública deve ser prequestionada na instância *a quo*:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL TRABALHISTA. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ART. 5º, II, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. SÚMULAS STF 282 E 356. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1. A circunstância de a matéria poder ser suscitada de ofício pelo julgador por se tratar de questão de ordem pública não afasta o preenchimento do requisito do prequestionamento da matéria, inerente ao cabimento do recurso de natureza extraordinária. Precedentes. 2. Inviável o processamento de recurso extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao artigo 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. Afronta, se existente, seria reflexa ou indireta. 3. O Tribunal de origem limitou-se a tratar de matéria processual relativa a pressuposto de admissibilidade do recurso de revista, cuja discussão não rende ensejo ao cabimento do recurso extraordinário. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AI-AgR 714147 / SE. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Segunda Turma. DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010). (grifo nosso)¹⁰⁵

Observe que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento de recurso especial, somente legitimará o uso da via recursal extraordinária no Supremo Tribunal Federal se a questão constitucional nele versada for diversa daquela decidida pela instância ordinária. Noutras palavras, se a questão constitucional surge no acórdão do Tribunal local, deve-se contra ele interpor o recurso extraordinário, quer seja, ou não, de ordem pública a matéria sob pena de preclusão.

¹⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal: ARE-AgR 668989 / DF. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski: Segunda Turma. DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012)

¹⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal: AI-AgR 714147 / SE. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010.

Outra questão de demasiada importância a se observar, consta do voto originário da decisão a seguir colacionada, que é o uso de embargos declaratórios com o fito de inovar matéria constitucional não debatida nos autos até então. Seria o mesmo dizer que não basta para atendimento ao requisito do prequestionamento, a arguição da matéria, somente nos embargos opostos à decisão atacada. Seu uso deve servir unicamente para suprir omissão do acórdão recorrido em relação à matéria suscitada no recurso ou contrarrazões.¹⁰⁶

A seguir, a decisão referenciada:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 5º, LXXIV, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. SÚMULAS STF 282 E 356. 1. São inviáveis os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento quando o tema constitucional não tiver sido ventilado previamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem. 2. E a circunstância de a matéria poder ser suscitada de ofício pelo julgador por se tratar de questão de ordem pública, como afirmado pelos recorrentes, não afasta o preenchimento de tal requisito, inerente ao cabimento do recurso de natureza extraordinária. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AI-AgR 671744 / SP. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010). (grifo nosso)

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, importante julgado firmou recente entendimento (fevereiro de 2012) no sentido de acompanhar a posição rígida. Na oportunidade - julgamento do AgRg nos Embargos de Divergência em REsp nº. 999.342 – SP- a Corte Especial decidiu por não haver exceções quanto à obrigatoriedade do prequestionamento para o conhecimento de recurso especial, mesmo que envolva matéria de ordem pública, conforme se verifica na ementa do referido acórdão.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FATO NOVO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No âmbito dos embargos de divergência, não é possível modificar a base fática da controvérsia, sendo irrelevantes as alterações ocorridas posteriormente ao julgamento do recurso especial. Matéria pacificada pela Corte Especial.

¹⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 671744 / SP. Relator(a): Min. Ellen Gracie. DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010.

2. Segundo a firme jurisprudência do STJ, na instância extraordinária, as questões de ordem pública apenas podem ser conhecidas, caso atendido o requisito do prequestionamento. Aplica-se, no caso, o óbice da Súmula 168/STJ.

3. Agravo regimental não provido.¹⁰⁷

Com isso, aparentemente, cairia por terra o entendimento de que seria possível o conhecimento das questões de ordem pública de ofício, acaso o recurso fosse conhecido por outros fundamentos, em razão do efeito translativo. Decisões das turmas aparentam já acompanhar o entendimento da corte especial, conforme recente julgado do STJ:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EMBARGOS. FAZENDA PÚBLICA. FORMA DE LIQUIDAÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

1. Conforme consignado no acórdão embargado, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a liquidação por artigos é o meio adequado para apuração do quantum debeatur no ressarcimento de crédito-prêmio de IPI. Precedentes.

2. O entendimento de que é possível conhecer das questões de ordem pública de ofício, ainda que não prequestionadas ou suscitadas, na excepcional hipótese de o recurso especial ter sido conhecido por outros fundamentos, em razão do efeito translativo, foi superado em nova análise pela Corte Especial, que concluiu pela necessidade do requisito do prequestionamento na instância extraordinária. Precedente: AgRg nos EREsp 999.342/SP, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, julgado em 24/11/2011, DJe 1/2/2012.

3. A contemplada pretensão da Fazenda Nacional de ver aplicada a liquidação por artigos à hipótese dos autos, apresentada no agravo regimental, ainda que se trate de matéria de ordem pública, configura-se inovação inviável de ser examinada, sendo certo que sequer foi aventada nas razões do recurso especial, não podendo ser conhecida ante a ausência de prequestionamento. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao agravo regimental fazendário. (EDcl no AgRg no REsp 1153335 / DF. Relator(a) Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma. DJe 23/03/2012). (grifo nosso).¹⁰⁸

Observe que este parece ser o entendimento que passará a ser adotado pelo STJ, uma vez que se baseia em recentíssima decisão proferida pela Corte Especial, contudo, não é possível avaliar até o presente momento se, de fato, as turmas

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 999342 / SP. Relator Min. Castro Meira. CE - Corte Especial. DJe 01/02/2012.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1153335 / DF. Relator(a) Min. Humberto Martins, Segunda Turma. DJe 23/03/2012.

entenderão desta maneira. É certo, contudo, que é vasta, no STJ, a gama de decisões que adotaram a posição liberal.

O entendimento que abaixo se relacionará - posicionamento liberal - é de que, ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso, será possível o reconhecimento de ofício de matérias de ordem pública ainda que não prequestionadas.¹⁰⁹

Vejam o seguinte julgamento neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES, PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 8.º DA LEI N.º 8.072/90. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 211 DESTA CORTE. EFEITO TRANSLATIVO. INAPLICABILIDADE NA HIPÓTESE. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE, SE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO CRIME EXTRAPOLAM CONSIDERAVELMENTE AS NORMAIS À ESPÉCIE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A arguida negativa de vigência ao art. 8.º da Lei n.º 8.072/90 não foi apreciada pelo Tribunal *ad quem*, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. Incidência da Súmula n.º 211 desta Corte.

2. Ultrapassado o juízo de admissibilidade do apelo nobre, é possível, ante o efeito translativo do recurso especial, apreciar questões de ordem pública, ainda que não prequestionadas. Na hipótese dos autos, entretanto, o recurso não foi conhecido, sendo inviável apreciar as insurgências no bojo deste agravo regimental. Precedentes.

3. A primariedade e os bons antecedentes não são suficientes para que a pena-base seja cominada no patamar mínimo, se presentes outras circunstâncias judiciais desfavoráveis que justifiquem a majoração da pena.

4. No caso, a pena-base fixada em 6 (seis) anos, considerando que a reprimenda abstratamente cominada para o crime do art. 14 da Lei n.º 6.368/76, é de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, revela-se proporcional e amplamente fundamentada. 5. Com efeito, o Tribunal *ad quem* consignou que o delito é de extrema gravidade, sob o fundamento de que o Agravante associou-se a esquema complexo e aperfeiçoado de tráfico internacional de entorpecentes, que foi responsável pela compra habitual, do Paraguai, de enormes quantidades de maconha, cocaína e armas, para distribuir em vários pontos do território nacional, atingindo considerável número de pessoas. Essa organização, inclusive, "mandava para o Brasil mais de vinte toneladas de maconha, por mês, em caminhões e aviões".

6. Apurou-se o relevante papel desempenhado pelo Agravante no esquema criminoso: localizar e selecionar aeronaves para o transporte das drogas, sendo

¹⁰⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 38097. Relator(a) Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. DJe 13/02/2012.

que o roubo desses bens era perpetrado por outros integrantes da quadrilha. O Tribunal de origem destacou que se procurou assegurar a impunidade dos crimes pela aquisição de pequenos aviões, que passam despercebidos por pistas clandestinas de difícil descoberta. Consta, ainda, que "nesses aviões eram transportados 480 a 500 kg de maconha". 7. Importante também sobrelevar o fato de que se trata "de pessoa detentora de função pública, vereador ao tempo dos fatos, cujas atividades deveriam ter por escopo zelar pela população".

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 38097. Relator(a) Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. DJe 13/02/2012.

As palavras iniciais do voto da Ministra Relatora, no julgado supra colacionado datado de fevereiro de 2012, foram na acepção de que o STJ possui entendimento firme no sentido de que, ultrapassado o juízo de admissibilidade do apelo nobre, é possível, ante o efeito translativo do recurso especial, apreciar questões de ordem pública, ainda que não prequestionadas.¹¹⁰

Como se vê, a controvérsia está instalada, de um lado recentíssimo julgamento no sentido da corrente rígida, a qual não prevê exceções ao requisito do prequestionamento, ainda que em matérias de ordem pública, de outro, também, recentíssimo julgamento no sentido da corrente liberal, que admite a apreciação de questões de ordem pública não prequestionadas se ultrapassado o juízo de admissibilidade.

Também acompanhando a corrente liberal, tem-se decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.¹¹¹

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EFEITO TRANSLATIVO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO SE SUPERADO O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

1. A análise da prescrição, mesmo sendo matéria de ordem pública, não dispensa o necessário prequestionamento.

2. Por força do efeito translativo, esta matéria poderia ser analisada se o recurso especial superasse o juízo de admissibilidade, o que não se verifica na hipótese.

¹¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 38097. Relator(a) Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. DJe 13/02/2012.

¹¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1357618 / SP. Relator(a) Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. DJe 04/05/2011).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1357618 / SP. Relator(a) Min. MARIA ISABEL GALLOTTI. QUARTA TURMA. DJe 04/05/2011). (grifo nosso).

Quanto à corrente liberal, segundo a qual é possível pronunciar-se de ofício acerca de matéria de ordem pública não prequestionada quando o recurso de caráter excepcional tiver sido admitido por outro fundamento (Súmula 456/STF), não foram encontrados julgados no STF.

Tanto no STJ, quanto no STF, apesar de não ser comum, é possível encontrar decisões acompanhando a corrente mais liberal. Alguns julgados, ainda que de forma não muito clara, aparentam decidir neste sentido, ou seja, afirmam que o conhecimento de recurso excepcional cujo objeto é matéria de ordem pública, independe de questionamento prévio no juízo *a quo*.

Observe, porém que estes julgados se referem apenas de matéria penal em que se discute direito a liberdade e portanto, não pode servir como base para a pesquisa que este trabalho se propõe.

De todo o exposto, é possível abstrair que não há, ainda um posicionamento absoluto no sentido de quaisquer das três correntes supra e fartamente referidas.

O que se pode apontar, embora com reservas, é que há um posicionamento majoritário no STF na vertente da corrente rígida, exigindo o prequestionamento, inclusive, quanto às matérias de ordem pública. No STJ, tal posição tende a encontrar cada vez mais espaço, contudo, se considerado a quantidade de julgados nos últimos anos, a corrente rígida é ainda minoritária, logo atrás da corrente liberal.

A corrente liberal aparentemente muito mais forte no âmbito do Superior Tribunal de Justiça parece, sutilmente, ceder lugar ao posicionamento mais rígido. A mais liberal, por sua vez, é matéria escassa na esfera das decisões dos Tribunais

Superiores, sendo encontrada apenas em discussões que envolvem matéria de direito penal.

De mais a mais, o que de certo se pode afirmar por ora, é que ainda, em ambos os tribunais (STF e STJ), serão vistos julgados em todos os sentidos aqui abordados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o fito de apresentar as peculiaridades que envolvem o conflito jurídico em relação aos conceitos e normas referentes ao efeito translativo e o prequestionamento na ceara dos recursos de natureza extraordinária. Para tanto, foram apresentadas diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais que ajudaram a melhor compreender a problemática da pesquisa. Nesta feita, veremos alguns dos principais pontos apresentados.

Os recursos excepcionais – os quais são espécies o recurso extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal e o recurso especial interposto perante o Superior Tribunal de Justiça – possuem uma peculiar função no sistema recursal brasileiro. Estes recursos, ao contrário dos demais existentes em nosso sistema jurídico, não possuem o fim precípua de tutelar direito subjetivo das partes ou de terceiros interessados, estes servem como mecanismo de salvaguardar direito objetivo. Como demonstrado, os recursos de natureza excepcional visam precipuamente asseverar a efetiva aplicação da legislação constitucional e federal pelos tribunais locais. Neste diapasão, é que surge um dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário ao STF e especial ao STJ, qual seja: o prequestionamento.

O prequestionamento a anos é objeto de debates doutrinários e jurisprudências, em especial, no que tange a sua constitucionalidade e forma de aplicação.

Quanto a sua constitucionalidade, há quem afirma não existir na constituição federal em vigor, qualquer menção ou autorização para a existência deste requisito. É verdade que a palavra “prequestionamento” não existe no texto constitucional, contudo, a constituição ao prever a existência dos recursos de natureza extraordinária afirma que estes julgarão causas decididas. Julgar causas decididas, em uma acepção superficial, é julgar matérias prequestionadas. É com este fundamento que a maior parte da doutrina e jurisprudência funda a constitucionalidade do prequestionamento.

Certo é que, apesar das diversas discussões e críticas, ambos os tribunais – STF e STJ – legitimam a necessidade do prequestionamento, considerando-o um requisito essencial para o conhecimento dos recursos excepcionais, o que de fato o é.

A definição da forma adequada para a aplicação do prequestionamento se mostra essencial, pois representa definir qual é a maneira correta de se cumprir este requisito que, como visto, além de ser exigência constitucional, é essencial para o efetivo cumprimento da função dos recursos excepcionais.

Quanto a aplicação, são inúmeros os conceitos e formas propostas na doutrina e jurisprudência para o correto cumprimento da exigência do questionamento prévio. Comum haver divergência conceitual entre o STF e o STJ, contudo no que tange a real forma de aplicação são poucas as dicotomias existentes.

Em suma, ambos os tribunais exigem que, para se considerar prequestionada, a matéria objeto do recurso excepcional deverá ter sido debatida e está contida no dispositivo da decisão albergada. Não basta que o objeto do recurso envolva implicitamente a decisão recorrida, é necessário o efetivo debate sobre a matéria.

O Supremo Tribunal Federal, divergindo neste ponto do Superior Tribunal de Justiça, exige ainda que, além do efetivo debate acerca da matéria, a decisão albergada deverá indicar o artigo da constituição federal que está *sub examine*. Esta posição parece tratar-se de formalismo exacerbado e não reflete o fim a que o prequestionamento se presta.

Ademais, a principal discussão quanto a aplicação do prequestionamento surge, quando a decisão do tribunal local se omite quanto a matéria a qual deveria se pronunciar, impossibilitando – assim – o efetivo prequestionamento.

Como solução para esta questão o STF admite o prequestionamento ficto, ou seja, se mesmo após oposição de embargos o julgador local permanecer silente, será considerado prequestionada a matéria.

Esta posição é elogiada por uns, ante a celeridade que dá ao processo e a economia processual, mas também é imensamente criticada, pois representa, em verdade, uma ficção, uma vez que não houve o efetivo debate sobre a matéria e, portanto, não houve o prequestionamento. Ficção ou não, esta é a única solução justa para o caso, pois, se assim não fosse, as partes ficariam à mercê dos julgadores que insistissem em se omitir ante a matéria a qual deveria se pronunciar. Observe que esta solução é a adotada no projeto do novo código de processo civil.

O STJ, por sua vez, propõe uma solução diferente que não reflete a justiça sendo demasiadamente morosa. Segundo entendimento majoritário dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, se o tribunal local insistir em não se pronunciar sobre determinada matéria, mesmo após oposição dos aclaratórios, deverá a parte interpor recurso especial alegando ofensa ao art. 535, inc. II e, somente após sanada a omissão, interpor recurso especial com a matéria, agora, efetivamente prequestionada.

Resta claro a importância que o requisito do prequestionamento tem para os recursos excepcionais. Neste cenário, com base nos conceitos que envolvem o prequestionamento e as normas que envolvem as matérias de ordem pública surge a principal questão da pesquisa apresentada: se determinada matéria de ordem pública não houver sido prequestionada, poderá ser conhecida quando do julgamento de recurso de natureza excepcional? Ou seja, existe efeito translativo nos recursos desta natureza? Para esta análise, é necessário a correta conceituação quanto ao efeito translativo.

O efeito translativo representa o envio ao tribunal *ad quem* de toda matéria de ordem pública que envolva o processo. Há neste ponto discussões não

conclusivas acerca de ser o efeito translativo, a profundidade do efeito devolutivo. Nesta acepção, a extensão do efeito devolutivo seria a devolução ao juízo *ad quem* a matéria efetivamente recorrida e a profundidade o envio da matéria de ordem pública.

Esta discussão é apenas conceitual e em nada altera a função e forma de envio ao juízo *ad quem* da matéria de ordem pública. Observe, contudo que a maior parte da doutrina e jurisprudência, refere-se a este fenômeno como efeito translativo, posição a qual este trabalho acompanha.

As matérias de ordem pública são aquelas que, mesmo quando discutidas em um caso concreto, com relação processual envolvendo partes específicas, transcendem os interesses das partes alcançando, de uma forma indireta, a própria sociedade. São questões que, devida sua importância devem ser observadas pelo julgador independentemente de serem suscitadas pelas partes em qualquer grau de jurisdição.

Ante o fato de a matéria de ordem pública ser de conhecimento de ofício e em qualquer grau de jurisdição esta deve ser enviada automaticamente ao juízo *ad quem* quando da análise de um recurso, eis a origem do efeito translativo.

Com base nestes conceitos, seria possível concluir, em uma análise superficial, que há o efeito translativo nos recursos extraordinário ao STF e especial ao STJ, contudo, ocorre que, por se tratar de recursos de natureza excepcional, a aplicação do efeito translativo encontra seu óbice na necessidade do questionamento prévio.

Quanto a este conflito entre a aplicação do efeito translativo e o prequestionamento, existem três vertentes de pensamento que devem ser levadas em consideração. A primeira afirma que, qualquer que seja a matéria, é necessário que esta tenha sido prequestionada para que possa ser analisada em recurso de natureza extraordinária. A segunda corrente afirma que, ultrapassada a fase de conhecimento do recurso excepcional por qualquer matéria efetivamente prequestionada, haverá o efeito

translativo, transmitindo aos julgadores todas as matérias de ordem pública, mesmo que estas não tenham sido prequestionadas. A terceira corrente, por sua vez, entende que o conhecimento de ofício em qualquer grau de jurisdição das matérias de ordem pública sobrepujam o requisito do prequestionamento e a excepcionalidade dos recursos extraordinário *strictu sensu* e especial, fazendo com que estes possam ser conhecidos mesmo que a única questão devolvida seja matéria de ordem pública não prequestionada.

Não faz sentido, mesmo diante de matérias de ordem pública, que seja desconsiderado o fim a qual se destinam os recursos de natureza excepcional admitindo-os sem que se tenha cumprido os requisitos de admissibilidade. Considerar a possibilidade de conhecimento de recurso extraordinário que verse somente sobre matéria de ordem pública não prequestionada ofende a constituição federal e a lógica jurídica que envolve estas espécies recursais.

Todavia, da mesma forma, não faz sentido que, ultrapassado a admissibilidade do recurso extraordinário, o julgador feche os olhos para as matérias de ordem pública que ali se encontram. Por exemplo, ofenderia o bom direito a ratificação de decisão que houvesse concedido direito a determinada parte, quando aquele já se encontrava prescrito.

Este entendimento, ao qual esta pesquisa conclui ser o mais adequado para solução da problemática apresentada, é acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas não pelo Supremo Tribunal Federal que considera ser necessário o prequestionamento das matérias de ordem pública para que possam ser analisadas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento*. Revista de Processo 132, ano 31, fevereiro 2006.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recursos Extraordinários no STF e no STJ. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República Federativa do Brasil: Congresso Nacional, 11891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 outubro 2010.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 outubro 2010.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do BRASIL. DF: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 setembro 2011.

BRASIL. Decreto nº848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 outubro 2010.

BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 setembro 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1357618 / SP. Relator(a) Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. DJe 04/05/2011).

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. AgRg no AgRg no AI Nº 998.392 – SP. Voto da lavra do Min. Mauro Campbell Marques: Segunda Turma. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 38097. Relator(a) Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. DJe 13/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1160801. Voto do Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma. DJe 10-05-2011. Disponibilizados em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1169663 / RS. Relator(a) Min. Maria Thereza De Assis Moura: Sexta Turma. DJe 02/04/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 999342 / SP. Relator Min. Castro Meira. CE - Corte Especial. DJe 01/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no Ag. 652.717/SP. Voto do Relator Min. Denise Arruda, DJ de 3-4-2006). Disponível em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1153335 / DF. Relator(a) Min. Humberto Martins, Segunda Turma. DJe 23/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp Nº 785.720 – RS. Voto da lavra do Min. Luis Felipe Salomão: Segunda Seção. DJe 11-06-2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 248.089-PR. Voto da lavra da Min. Eduardo Ribeiro: Terceira Turma. DJe 28/05/2001. Disponível em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.244.469. Voto do Min. Mauro Campbell Marques: Segunda Turma. DJe 16-05-2011. Disponível em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 642.847/RJ. Voto da lavra da Min. Eliana Calmon: Segunda Turma. DJ 19 dez. 2005. Disponível em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp 660.519 - CE. Voto da lavra do Min. Teori Albino Zavascki. DJ 07/11/2005 p. 97. Disponível em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Resp 660.519 - CE. Voto da lavra do Min. Teori Albino Zavascki: Primeira Turma. DJ 07/11/2005 p. 97. Disponível em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Resp 660.519 - CE. Voto da lavra do Min. Teori Albino Zavascki: Primeira Turma. DJ 07/11/2005 p. 97. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 823950 / MT, Relator Min. Castro Filho, 3ª Turma, DJ 12.02.2007.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp 847950 / MG. Voto da lavra do Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. DJe 02/06/2011. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.177.677 – PA. 2010/0017742-7 - Relator Min. Mauro Campbell Marques. 2ª Turma. Dje: 30/09/2010).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Brasília. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em: 22/03/2011. Acessado em: 22/03/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 320. Brasília. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em: 22/03/2011. Acessado em: 22/03/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. Brasília: 1994. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em: 22/03/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto da lavra da Min. Laurita Vaz, quinta turma. DJe 10/05/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto da lavra do Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma. REsp 1079694/RS. DJe 16/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto da lavra do Min. Eduardo Ribeiro. Resp 248.089-PR. 06.06.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto da lavra do Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, segunda turma. AgRg no AgRg no Ag 998.392/SP. DJe 11/06/2010)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE 41.416-6 / SC. Voto da lavra do Min. Eros Grau., Primeira Turma. DJ 4.2.2005. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no RE 30.978-6 / MG. Voto da lavra do Min. Maurício Correia., 2ª T., DJ 26.4.2002. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR em AI 671744 / SP. Relator(a): Min. Ellen Gracie. DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR em AI 714147 / SE. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR em ARE - 668989 / DF. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski: Segunda Turma. DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR em RE 414166 / SC. Relator Min. Eros Grau: Primeira Turma. DJ 04-02-2005 PP-00024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 386618 AgR. Voto da lavra da Min. Ellen Gracie, Primeira Turma. DJ 19-12-2002. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 714208 AgR. Voto da lavra da Min. Cármen Lúcia: Primeira Truma. DJe-071 17-04-2009. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 210.638. Voto da lavra do Min. Sepúlveda Pertence: Primeira Turma. DJ 19-6-98. Disponibilizado em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 210.638. Voto da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. DJ 19-6-98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 353514 AgR. Voto da lavra Da Min. Ellen Gracie, Segunda Turma.. DJe-185 01-10-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 505369 / BA. Relator(a): Min. Menezes Direito. Primeira Turma. DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR-ED 628582 / RS. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. 13/12/1963. Disponibilizada em: www.stf.jus.br. Acessado em: 22/03/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 356. Rio de Janeiro: 1963. Disponibilizado em: www.stf.jus.br. Acessado em: 22/03/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 456. Brasília, 1964. Disponibilizado em: www.stf.jus.br. Acessado em: 22/03/2011.

CARNEIRO, Tânia Aoki. *Recurso especial, efeito translativo. Matéria de ordem pública*. Revista de Processo, RePro 143, ano 32, Revista dos Tribunais, janeiro de 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9º ed. Vol. 1. Bahia: Jus Podivm, 2008

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 8. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Sao Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. 5. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração, Efeitos Infringentes, Prequestionamento e Outros Aspectos Polêmicos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAZIANO, Ana Lucia - Revista de Processo - RePro 154, ano32, dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a admissibilidade e ao seu processamento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Prequestionamento nas Questões de Ordem Pública. Disponível em: *Jus Navegandi*
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4606>, elaborado em abril de 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polemicos e atuais dos recursos cíveis e afins*. Vol. 11. São Paulo: RT, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos. Princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OROTAVO NETO, Fernando. *Dos Recursos Cíveis. Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIRES, Roberto Carlos Martins. *O prequestionamento no recurso especial e extraordinário*, *Revista de Processo*, RePro 144. 2007.

SILVA, Bruno Mattos e. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Márcio Henrique Mendes da: *Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos: perspectiva de interpretação instrumental*. vol. 11. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Márcio Henrique Mendes da: *Tentativa de sistematização do efeito devolutivo dos recursos: perspectiva de interpretação instrumental*. Vol. 11. São Paulo: RT, 2007. p. 208.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e ação rescisória*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2009..

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Curso Avançado De Processo Civil, vol.1: *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: revista e atualizada.